

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on linedel Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Urbino Carlo Bo

Note e Commenti



ILLUSIONE DELLA FORMA REGOLAMENTARE ED 'ESTASI' DEI PRINCIPI. LE *LEZIONI AMERICANE* DI CALVINO

Laura di Bona

Abstract

[Illusion of the regulatory form and 'ecstasy' of the principles. Calvino's *Lezioni americane*] In the relationship between law and life, on the one hand, law seems as slow in grasping the meaning of its ordering function; and, on the other hand, as hopelessly far from the phenomenology of the becoming. The aim of the article is to verify that this dystonia lies in the reduction of the norm to mere regulatory item; and to introduce an idea that ability of the law to set itself in unwritten rules, with sensitiveness towards values and historical reality, finds its greatest expression in the principles and in the general clauses.

Keywords:

Fact-law, Form, Regulatory norm, General principles, Hermeneutics.

Vol. 1 (2014)





Illusione della forma regolamentare ed ‘estasi’ dei principi. Le *Lezioni americane* di Calvino

Laura di Bona*

Ponendo mente ai termini della relazione diritto-vita, diritto-realtà (umana, sociale, economica)¹, la sensazione più immediata che se ne trae è quella del disallineamento, della distonia: il diritto appare infatti, per un verso, troppo indietro, troppo lento o addirittura *a priori* abdicante rispetto alla propria funzione ordinatrice ovvero, per altro verso e alternativamente, un passo oltre rispetto alla fenomenologia del reale e al suo naturale divenire². Esempi di questa rincorsa perdente, cui la forma giuridica sembrerebbe destinata rispetto all’incessante fluire della vita, si traggono dai più disparati settori del diritto privato.

Emblematica, ad esempio, la regolamentazione della rete³. È sufficiente considerare alcune delle tendenze connotanti il commercio elettronico per avvedersi di

*Laura di Bona è professore associato di Diritto privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

Lo scritto riproduce, con l’aggiunta dei riferimenti bibliografici, la relazione al VI Convegno Nazionale della *Italian Society for law and Literature*, *La vita nelle forme. Il diritto e le altre arti*, svoltosi in Urbino il 3-4 luglio 2014.

¹ L’approfondimento di tali relazioni tende ad attirare l’attenzione degli interpreti anche in seno a discipline non strettamente giusfilosofiche. Fin d’ora si segnalano, fra i contributi più recenti, P. ZATTI, *Maschere del diritto e volti della vita*, Milano, 2009, pp. 5 ss., 55 ss., 163 ss.; 229 ss.; P. GROSSI, *La vita nel diritto*, Napoli, 2012, *passim*; N. IRTI, *L’immagine della natura nel diritto contemporaneo*, in ID., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, p. 129 ss.; A. FALZEA, *La prassi nella realtà del diritto*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 427 ss.

² Anche questa constatazione si pone alla base del filone che individua nella «natura delle cose» il fondamento delle regole giuridiche, prospettando il superamento sia del giusnaturalismo (che nella natura pretende di rinvenire principi immutabili, e perciò insensibili alle trasformazioni sociali e ordinamentali), sia del legalismo e delle sue derive formalistiche: evidenzia pregi e limiti del suddetto filone N. BOBBIO, *La natura delle cose come forma giuridica di pensiero*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, p. 154 ss., il cui pensiero è recentemente ripreso e sviluppato da L. PATRUNO, *La “natura delle cose”*, in *Archivio di diritto e storia costituzionali*, 2007, p. 35 ss.

³ Le relazioni fra *web* e diritto si presentano problematiche proprio in quanto la rete nasce come fenomeno ontologicamente insofferente alle barriere fisiche e territoriali, comprese quelle giuridiche, e per sua natura è difficilmente governabile dalle strutture istituzionali tradizionali della società. Fra i molti approfondimenti sul tema: L. LARIVERA, *La governance globale di Internet*, in *Civ. catt.*, 2011, p. 502 ss.; F. MACALUSO, R. BARATTA e G. NAPOLI, *La neutralità della rete tra regolamentazione e concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2011, p. 405 ss.; G. DE MINICO, *Diritti regole Internet*, in www.costituzionalismo.it, 2011; G. ZICCARDI, *Etica e informatica: comportamenti, tecnologie e diritto*, Milano, 2010; ID., *Il controllo del codice informatico tra diritti, etica e business*, in *Notizie di Politeia*, 2006, p. 183 ss.; N. IRTI, *I nuovi spazi*, in ID., *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006, p. 57 ss.; L. RUGGERI, *Mercato telematico ed autonomia privata: un nuovo ruolo per la “lex mercatoria”*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 3030 ss.

come, in questo settore, la crescente sinergia fra economia, mercato e tecnologia finisca per far premio sulla adeguatezza della forma giuridica.

Rilevano, in questo senso, l'incessante evoluzione tecnologica; l'abbattimento delle barriere sia temporali che spaziali (geografiche) nello svolgimento del commercio elettronico; la crescente complessità delle dinamiche relazionali in ambiente digitale; ancora, lo svolgimento "in rete" dell'intera fase esecutiva dei contratti, sia rispetto all'adempimento delle obbligazioni pecuniarie (sistemi di pagamento elettronici), sia relativamente alle prestazioni di beni o servizi dedotti ad oggetto del contratto; infine, l'incremento e la complessità delle dinamiche concorrenziali operanti nel mercato virtuale (attese le pressoché infinite possibilità di comparazione tra le varie offerte, indipendentemente dalla collocazione geografica delle parti e in assenza di alcuno spostamento fisico delle stesse)⁴.

I caratteri appena accennati danno epidermicamente il senso dell'affanno in cui versa la forma giuridica all'inseguimento di tanto incessante divenire⁵.

Il diritto sembra rincorrere a passo di bradipo la comunicazione e gli scambi elettronici, tanto che, nell'esatto momento in cui la forma regolamentare è data a disciplinare uno spazio, ad assegnarvi precisi confini normativi, il fenomeno reale si scopre già sfuggito oltre il recinto, evoluto e riemergente in un altrove vuoto di diritto. Come nell'istantanea di un soggetto in movimento, il rischio è che l'immagine impressa risulti sempre fuori fuoco.

Anche nei settori più tradizionali, peraltro, la forma giuridica si rivela parimenti cedevole rispetto alla cifra del reale: inadeguata, nella sua tendenziale fissità, rispetto al rutilante passo evolutivo della vita. Si pensi alla separazione personale dei coniugi. I complessi profili di rilevanza interna ed esterna, e di natura patrimoniale e non, che l'istituto investe (effetti economici, anche rispetto ai terzi, scioglimento della comunione legale, questioni relative allo *status*, affidamento dei figli ecc.) abbisognano di regole, e di forma *strictu sensu*: ciò giustifica il formalismo che caratterizza l'istituto, dal ricorso introduttivo del giudizio, all'udienza presidenziale, alle annotazioni allo stato civile. È tuttavia sufficiente una riconciliazione di (mero) fatto - fondata esclusivamente sulla concorde volontà degli interessati⁶, scevra da alcuna veste formale e indeterminabile dal

⁴ Per l'approfondimento delle cennate problematiche: G. ALPA, *Commercio elettronico e protezione del consumatore*, in *Sociol. dir.*, 2005, p. 333 ss.; G. PERLINGIERI, *Il contratto telematico*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, 2° ed., Napoli, 2011, p. 265 ss.; V. CUFFARO, *Profili di tutela del consumatore nei contratti online* e D. MEMMO, *Il consenso nei contratti elettronici*, ambedue in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014, rispettivamente pp. 377 ss. e 497 ss.

⁵ Cfr. L. PATRUNO, *op. cit.*, e V. ITALIA, *La forza ed il ritmo delle leggi*, Milano, 2011, spec. pp. 7 ss., 21 ss., 69 ss.

⁶ Sottolineano la rilevanza alla volontà dei privati rispetto alla sorte dei rapporti familiari sia gli A. che sostengono la natura negoziale della riconciliazione - cfr., *ex multis*, già A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, p. 276 ss. e, attualmente, F. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Separazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, 1989, p. 1402 ed ivi i richiami di giurisprudenza; E.A. EMILIOZZI, *La riconciliazione*, in AA.VV., *La famiglia*, a cura di P. CENDON, vol. V, Torino, 2000, p. 363 ss., spec. p. 378 - sia coloro che escludono la possibilità di assimilazione alla categoria negoziale, sottolineandone il diverso modo di operare della volontà (così, in particolare, P. ZATTI, *La separazione personale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. II, t. 3, Torino, 1996, p. 290), o ascrivono la riconciliazione nell'ambito dei fatti giuridici (così, da ultimo, M. DOGLIOTTI, *La separazione*, in *Il diritto di famiglia. Trattato*, diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, II ed., Torino, 2007, p. 1071 ss.). Ciò induce ad escluderne in ogni caso la rilevanza d'ufficio (cfr. già Cass. 12 gennaio 1954, n. 36, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, c. 612, con nota di W. BIGIARI, *Rilevanza d'ufficio della riconciliazione in un processo per separazione coniugale*). Sul punto, v. G. BONILINI, *Sub art. 3, 1. n. 898/1970*, in G. BONILINI - F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, III ed., Milano, 2010, p. 213. Il rilievo attribuito alla

punto di vista temporale⁷ - ad azzerare ogni sovrastruttura, come precedentemente cristallizzata nella forma giuridica, e a riportare al primato della realtà, della vita, con conseguente grave incertezza rispetto ai profili attinenti lo *status*, l'eventuale reviviscenza del regime patrimoniale legale, nonché i diritti acquistati *medio tempore* dai terzi ignari⁸.

concorde volontà dei coniugi costituisce espressione del principio di autonomia nel governo della famiglia: in argomento, cfr. G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1 ss; F. PANUCCIO DATTOLA, *Lo status dei coniugi separati*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. FERRANDO-M. FORTINO-F. RUSCELLO, t. 2, *Separazione - Divorzio*, II ed., Milano, 2011, p. 1498 ss. Sull'esplicazione dell'autonomia negoziale in ambito familiare e, più in generale, non patrimoniale, sia consentito rinviare a L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000.

⁷ La disciplina codicistica distingue la riconciliazione avvenuta in costanza di giudizio, che comporta l'abbandono della domanda già proposta (art. 154, comma 1, cod. civ.), da quella che si realizza dopo la pronuncia di separazione (art. 157 cod. civ.) e che comporta l'impossibilità di pronunciare nuovamente la separazione se non rispetto a fatti e comportamenti sopravvenuti alla riconciliazione medesima. La prima determina pertanto effetti di natura squisitamente processuale (Trib. Bari, 22 dicembre 2008, in www.dejure.giuffre.it), laddove la seconda incide sul piano sostanziale, estinguendo il diritto di chiedere le separazione per fatti anteriori: in tal senso v., *ex multis*, M.G. CUBEDDU, *La separazione*, in S. PATTI- M.G. CUBEDDU (a cura di), *Diritto della famiglia*, Milano, 2011, p. 454 ss., spec. p. 456. Parte della dottrina e della giurisprudenza reputa peraltro che se «i fatti anteriori alla riconciliazione, noti ai coniugi, vengono in concreto tollerati al punto da ricostituire la comunione di vita materiale e spirituale tra i coniugi stessi» e potendo la riconciliazione attuarsi in modalità non predeterminate, gli stessi fatti «non possono essere più invocati [...] come cause di intollerabilità della prosecuzione della convivenza», a prescindere dal momento in cui la riconciliazione sia intervenuta: così, testualmente, C. GRASSETTI, *Sub art. 154 c.c.*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, t. 2, Padova, 1987, p. 692. Nello stesso senso, fra gli altri, E.G. VITALI, *Note in tema di riconciliazione tra coniugi*, in *Dir. eccl.*, 1978, p. 640; N. LIPARI, *Riconciliazione dei coniugi, separazione con e senza addebito e garanzia costituzionale dell'unità familiare*, in *Giur. cost.*, 1983, I, p. 454; M. BRIGUGLIO, voce *Separazione personale dei coniugi*, in *Noviss. Dig. it., App.*, vol. VIII, 1987, p. 133; M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, 1995, p. 129, al quale si rinvia per i conformi richiami giurisprudenziali. Al contrario, reputano la soluzione normativa più organica ad un sistema ispirato alla non tassatività delle cause di separazione, sottolineando altresì la rilevanza centrale che nell'assetto normativo assume l'attualità dell'intollerabilità della convivenza: P. ZATTI, *La separazione personale*, cit., p. 283 ss.; M. MANTOVANI, voce *Separazione personale dei coniugi*, I) *Disciplina sostanziale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, 1992, p. 30; F. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Separazione*, cit., vol. XLI, 1989, p. 1401; P. ZATTI-M. MANTOVANI, *La separazione personale*, Padova, 1983, p. 231 ss.; S. RUNFOLA TESTINI, *Osservazioni sugli effetti della riconciliazione*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 996 ss.; G. VETTORI, *L'unità della famiglia e la nuova disciplina della separazione giudiziale fra i coniugi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 715. Più in generale, sul dibattito sviluppatosi intorno all'istituto, v. E. BELLISARIO, *La riconciliazione*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Trattato*, diretto da G. Ferrando, vol. I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, Bologna, 2007, p. 747 ss., spec. p. 749, alla quale si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁸ Relativamente alla presunzione di paternità, si reputa che il venir meno degli effetti della separazione renda inapplicabile il disposto dell'art. 232, c. 2°, c.c. Resta particolarmente problematica l'eventualità di una riconciliazione effimera, qualora i nuovi accordi tra i coniugi vertano altresì sullo *status* del figlio (legittimo o naturale della madre) concepito in quel periodo, poiché l'incertezza temporale che caratterizza il momento della riconciliazione rende meno agevole il già complesso incastro delle presunzioni. Sul punto, v. L. ROSSI CARLEO e C. CARICATO, *La riconciliazione*, in *La crisi familiare*, a cura di T. Auletta, II, in *Trattato di diritto privato* diretto da Mario Bessone, IV – *Il diritto di famiglia*, Torino, 2013, che osservano: «d'altro canto, se per il figlio di donna separata non opera la presunzione di paternità del marito, e questo pertanto, in mancanza di un fatto facilmente documentabile, può comunque ottenere la rettificazione dell'atto di stato civile, la riconciliazione, una volta provata, viene ad operare in via successiva. [...] In definitiva, dunque, la rinnovata operatività della presunzione non discende automaticamente dal fatto della riconciliazione, che deve essere provata. In concreto si attenua, così, la differenza fra le due ipotesi del concepimento avvenuto dopo la riconciliazione, ovvero a seguito di rapporti occasionali tra i coniugi, sebbene appaia sufficiente la prova della riconciliazione per far rivivere la presunzione, mentre assai più discutibile è la sufficienza della prova di una riunione temporanea per consentire al figlio di acquistare lo *status* di figlio legittimo». Il tema

La considerazione disvela un paradosso, ma è anche il segno di quanto sovente la legge, saggiata rispetto alla capacità di conformare le situazioni giuridiche soggettive, mostri la corda.

Il limite riaffiora, sebbene con peculiarità diverse, anche in altri ambiti. La regolamentazione del mercato individua lo spazio tematico nel quale, forse più che in altri, si concretano i fantasmi del cinismo e del nichilismo contemporaneo⁹ i quali,

dell'eventuale automatica reviviscenza della comunione patrimoniale sciolta dalla separazione rappresenta uno dei più problematici profili della ricostituzione del rapporto a seguito di riconciliazione. La dottrina prevalente tende ad escludere l'automatico ripristino del regime di comunione legale, evocando il rischio di incertezza che tale soluzione comporta nei confronti dei terzi. Si argomenta, in tal senso, che la riconciliazione, per quanto fondata sulla volontà e libertà dei soggetti interessati, possa far cessare solo gli effetti tipici della separazione, senza tuttavia investire anche il regime patrimoniale che, «per i gravi fatti intervenuti, risulta mutato»: in questi termini, L. ROSSI CARLEO e C. CARICATO, *op. cit.*, p. 189; cfr. M.C. ANDRINI, *Natura, effetti e pubblicità nella riconciliazione tra i coniugi*, in *Vita not.*, 2003, p. 25. Per la tesi che esclude l'automatica ricostituzione del regime di comunione, reputando che tale modifica necessiti di specifica convenzione, v. anche, pur con diverse precisazioni, A. MARINI, *La separazione personale dei coniugi*, in AA.VV., *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. I, *Fonti, Soggetti, Famiglia*, t. 2, *La famiglia*, Milano, 2009, p. 285; F. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Separazione personale*, cit., p. 1402; P. ZATTI-M. MANTOVANI, *La separazione personale*, cit., p. 294; G. CIAN-A. VILLANI, voce *Comunione dei beni tra coniugi*, in *Noviss. Dig. it. App.*, vol. II, 1980, p. 179; M. TAMBURELLO, *Riconciliazione dei coniugi e regime patrimoniale della famiglia*, in *Dir. fam.*, 1981, p. 579 ss.; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo e continuato da L. Mengoni, vol. I, Milano, 1979, p. 175. In senso opposto si osserva che se alla ricostituzione automatica della comunione ostano solo esigenze di tutela dei terzi, essa dovrebbe ammettersi, in virtù del principio generale per cui la comunione integra il regime patrimoniale legale della famiglia, almeno nelle ipotesi in cui tali esigenze vengano meno: in tal senso, F. MASTROPAOLO-P. PITTER, *Sub art. 191 c.c.*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, t. 3, cit., p. 333 s., ai quali si rinvia anche per i cospicui riferimenti in tema; Trib. Catania, 31 luglio 1990, in *Dir. fam.*, 1990, p. 640; cfr. P. RESCIGNO, *Riconciliazione dei coniugi e regime patrimoniale*, in *Dir. giur.*, 1986, p. 513 ss., in particolare, p. 520, il quale distingue fra automatismo della ricostituzione del rapporto fra le parti e necessità della pubblicità ai fini dell'opponibilità rispetto ai terzi. Peraltro, ove ci si richiami al principio di fondo per cui la separazione non estingue il rapporto coniugale (ed i relativi effetti di natura personale e patrimoniale), ponendolo piuttosto in uno stato di quiescenza, sembra potersi ammettere che la riconciliazione determini una ricostituzione automatica del regime di comunione legale: cfr. P. SCHLESINGER, *Separazione dei coniugi ed effetti della riconciliazione sulla comunione legale*, in *Corr. giur.*, 1999, 2, p. 190 ss.; ID., *Separazione personale e scioglimento della comunione legale*, in *Fam. dir.*, 1996, p. 264 ss.; ID., in L. CARRARO-G. OPPO-A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, vol. I, t. 1, Padova, 1977, p. 441; C. GRASSETTI, *Sub art. 157 c.c.*, t. 2, cit., p. 716; M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 128. In giurisprudenza, v. Cass. 5 dicembre 2003, n. 18619, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 401, con nota di A. AMBROSIO, *Riconciliazione tra coniugi separati e tutela patrimoniale dei terzi*; in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 253, con nota di M. SESTA, *Riconciliazione, ripristino automatico della comunione legale e opponibilità ai terzi di buona fede*, secondo la quale «la riconciliazione, intervenuta tra coniugi separati, fa cessare con effetto *ex nunc* tutti gli effetti della separazione, sia personali che patrimoniali, con il conseguente ripristino del regime della comunione dei beni esistente in origine tra i coniugi, venuto meno in seguito al provvedimento di separazione», che però distingue tra effetti interni ed esterni del ripristino della comunione legale, precisando «tuttavia, in applicazione dei principi costituzionali di tutela della buona fede dei contraenti e della concorrenza del traffico giuridico (artt. 2 e 41 Cost.), occorre distinguere tra effetti interni ed esterni del ripristino della comunione legale e, conseguentemente, in mancanza di un regime di pubblicità della riconciliazione, la ricostituzione della comunione legale derivante dalla riconciliazione non può essere opposta al terzo in buona fede che abbia acquistato a titolo oneroso un immobile dal coniuge che risultava unico ed esclusivo proprietario del medesimo, benché lo avesse acquistato successivamente alla riconciliazione»: fattispecie alla quale *ratione temporis* non era applicabile l'art. 69 d.p.r. n. 396 del 2000, che ha previsto l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio delle dichiarazioni con cui i coniugi separati manifestano la loro riconciliazione.

⁹ L'espressione è di P. PERLINGIERI, *Prefazione a L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. XI.

ri(con)ducendo il diritto a pura forma, ne preconizzano - quando non predestinano - il fallimento rispetto alla missione ordinante del reale, della società, e soprattutto dell'economia¹⁰.

Qui la resa del diritto si manifesta, per altro verso, nelle tendenze al praxeologismo: «il diritto tende ad essere quel che è nella prassi, si fa nel farsi»¹¹. Con riferimento alla disciplina (di matrice europea) dei contratti con asimmetria di potere, ad esempio, si parla di «norme create a colpi di contratto. Perché il contratto si fa prassi; la prassi genera l'uso; e l'uso crea la norma»¹².

Accade qui, d'altra parte, che si regolino puntualmente i contratti bancari per proteggere i clienti dallo strapotere delle banche; o le vendite di pacchetti turistici per tutelare i turisti dalle inefficienze dei *tour operators*; o i contratti di affiliazione commerciale per riequilibrare l'asimmetria di potere in cui il *franchisee* si trova rispetto al *franchisor*, e così via: ma l'obiettivo politico è perseguito senza adeguata attenzione alla coerenza sistematica. Vi è chi evoca, non a caso, la tecnica pittorica del *pointillisme*¹³. Le

¹⁰ La prospettiva nichilista ha recentemente trovato un'autorevole manifestazione nel contributo scientifico di Natalino Irti (*Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, I, p. 1159 ss.; ID., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, da cui le citazioni successive), quale punto di approdo di un lungo itinerario di ricerca [ripercorso in N. IRTI, *Per un'autobiografia giuridica (dal concettualismo al nichilismo)*, in *Il salvagente della forma*, cit., p. 3 ss.]. Sul terreno metodologico, siffatta costruzione si traduce nel disincantato pessimismo circa la possibilità, per il giurista, di ricondurre a sistema le cangianti spinte politiche che di volta in volta si pongono alla base delle scelte legislative, o di enucleare da esse principi ordinanti che sfuggano a tale precarietà congiunturale. Perciò, l'a. accantona ogni approccio teso all'unità dell'ordinamento e predica l'accettazione della frammentarietà delle opzioni normative: «Se non c'è fondamento di unità, capace di raccoglierle ed ordinarle; se non c'è un criterio di tutti i criteri, un interesse di tutti gli interessi; allora il metodo sta nel coraggio dell'accettazione, nella risoluta scelta di scendere dentro di noi e dentro le norme (...) Così il metodo, abbandonando la pretesa di determinare e tradurre il proprio oggetto, si fa tutto adeguato all'oggetto; non si sovrappone, ma si sottopone alla temporale datità delle norme (...). Il giurista non può *apportare*, ossia portare dall'esterno, quello che nel diritto non c'è o più di quello che in esso già c'è» (N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 15 s.). Vivace è stato il dibattito dottrinale suscitato da queste pagine (G. ALPA, *Il nichilismo giuridico secondo Natalino Irti*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 591 ss.; ID., *L'incertezza ermeneutica e il nichilismo giuridico*, in *Vita not.*, 2006, p. 579 ss.; P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 229 ss.; A. DONATI, *Giuspositivismo e nichilismo giuridico*, in *Vita not.*, 2008, p. 1201 ss.). Le critiche mosse alla suddetta posizione (P. PERLINGIERI, *Le insidie*, cit.) attengono: al pericolo di pervenire alla deresponsabilizzazione del giurista e conseguentemente, in epoca globale, di far sì che il diritto e i suoi valori finiscano per abdicare al primato del mercato (p. 232 s.); all'infondatezza dell'idea di caducità attribuita a ogni principio e sottostante valore, essendovene alcuni che costituiscono lo zoccolo duro della civiltà giuridica contemporanea e che non sarebbe possibile rimuovere attraverso il procedimento di formazione proprio delle leggi ordinarie regolamentari (p. 237). Ad avviso dell'a., «chi diffida dei valori perché essi rappresenterebbero un dover essere e, quindi, un ritorno al diritto naturale, confonde i valori presenti nella società con quelli dell'ordinamento che, invece, sono da interpretare e da applicare» (P. PERLINGIERI, *Il bagaglio culturale del giurista*, in *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 242). Si veda anche G. MARCHELLO, *Diritto e valore*, Milano, 1953, spec. p. 109 ss., il quale, nell'ambito di una «concezione problematica» della critica filosofica (p. 136, n. 27), conclude che «il diritto non è intellegibile se non in funzione della problematica del valore» (p. 109), rivendicando altresì «il carattere storico e concreto della giuridicità [...] come *esperienza*» (p. 114 s.) ed efficacemente sintetizzando (p. 134): «se il valore dell'esperienza giuridica può essere garantito criticamente solo sul piano di una teoria dialettica di esperienza e valore, che è appunto il piano di una teoria *problematica* del valore, ciò significa che la prospettiva filosofica dell'esperienza giuridica è ugualmente aliena dal dommatismo dell'astratto intelletto (antistoricismo giusnaturalistico) e dal dommatismo del mero fatto (storicismo positivistico)».

¹¹ P. PERLINGIERI, *Prefazione a L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. XI.

¹² V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 3.

¹³ W.H. ROTH, *Transposing 'Pointillist' EC Guidelines into Systematic National Codes – Problems and Consequences*, in *European Review of Private Law*, 2002, p. 761 ss.

direttive comunitarie che campeggiano in questi settori appaiono inoltre, nella forma, spasmodicamente analitiche, «dettagliate fino ai confini della puntigliosità e della pedanteria. Questo le priva del dono della flessibilità, facendo di esse un prodotto normativo tendenzialmente rigido e pesante»,¹⁴ e così sempre arretrato rispetto alle rapide evoluzioni del mercato.

Egualmente è a dirsi in tema di disciplina dell'ambiente. Qui la sostanziale rinuncia, da parte del diritto, alla propria funzione ordinante dell'iniziativa economica (art. 41 cost.) risulta maldestramente celata nelle derive formalistiche tipiche della legislazione di settore, e soprattutto di emergenza, la quale, giungendo vanamente *ex post* rispetto agli eventi di natura, risulta irrimediabilmente inefficace e inefficiente sul piano sostanziale¹⁵. L'incapacità di rendere la forma giuridica agile e idonea a prevenire gli eventuali riflessi nefasti dell'esercizio dell'impresa si pone all'origine dei disastri ambientali tristemente emergenti nelle cronache di tutti i tempi, sì che ne residua l'impressione che, ove abdicano le leggi dell'uomo, li irrompano le leggi di natura¹⁶. Specie con riferimento alle situazioni soggettive personali, si assiste ancora - nel diritto all'opposto che nelle (altre) arti - alla pretesa di sclerotizzare in rigide e irragionevoli vesti formali proprio le più sensibili estrinsecazioni della vita, e i relativi Alfa e Omega. Il rischio, in tal caso, è di fornire il viatico a un diritto il quale, anziché regolare, pretenda di moralizzare¹⁷.

¹⁴ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 43.

¹⁵ Non è un caso che moltissimi contributi in materia s'incentrino proprio sul ruolo apicale dei principi, piuttosto che affidarsi in via esclusiva alle previsioni regolamentari di volta in volta caratterizzanti gli interventi del legislatore, al fine di rintracciare le coordinate di tutela del bene ambiente: M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura: ecologia e filosofia del diritto*, Torino, 1996; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; D. AMIRANTE (a cura di), *La forza normativa dei principi: il contributo del diritto ambientale*, Padova, 2006; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente: come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007; G. DI PLINIO e P. FIMIANI (a cura di), *Principi di diritto ambientale*, Milano, 2008; A. D'ADDA, I.A. NICOTRA, U. SALANITRO (a cura di), *Principi europei e illecito ambientale*, Torino, 2013. A livello saggistico, l'approccio assiologico permea le pagine di P. D'ADDINO SERRAVALLE, *La tutela del patrimonio ambientale, culturale e paesaggistico nelle pagine della Rassegna di diritto civile*, e A. FLAMINI, *Danno ambientale*, ambedue in AA.VV., *Temi e problemi della civiltà contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, rispettivamente pp. 301 ss., 437 ss.; nonché, da ultimo, M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 753 ss.

¹⁶ Resta certamente consegnata all'esclusiva dimensione della storicità la tesi di Scuola con la quale nel XVI secolo lo scienziato Bernardino Telesio predicava l'autonomia dei principi della natura e l'impossibilità che l'uomo potesse, oltre che percepirli, governarli con l'uso della ragione [B. TELESIO, *La natura secondo i suoi principi*, a cura di R. Bondi con il testo originale a fronte secondo l'edizione del 1570, Scandicci, 1999; viceversa, per la netta separazione del piano fenomenico del mondo sensibile da quello razionale del mondo intellegibile, due secoli dopo, I. KANT, *La forma e i principi del mondo sensibile e del mondo intellegibile (Dissertazione del 1770)*, a cura di A. Lamacchia, Milano, 1995]. Il progresso scientifico ha condotto gradualmente a rendere più comprensibili le dinamiche di natura e, con ciò, persino a dare l'illusione che esse siano dominabili; per meglio dire, alterabili artificialmente per finalità egoistiche di breve respiro. Non è infrequente che tale illusione si traduca, sul piano dell'iniziativa privata, nella sistematica adozione di pratiche sconsiderate, la cui conseguenza emerge dalle tristi cronache delle calamità ambientali.

¹⁷ L'esame delle relazioni fra sfera etica e sfera giuridica richiederebbe una ricerca a parte, che esula dall'economia di questo intervento: basti pensare che attorno ad esse si è articolato lo sforzo di moltissimi illustri pensatori di altre epoche, fra i quali si segnala, a titolo meramente esemplificativo, il contributo magistrale di J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, ristampato nel 1998, a cura di E. Lacaldano, per i tipi della UTET con la traduzione di S. Di Pietro. Nella dottrina italiana, R. DE STEFANO, *Legge etica e legge giuridica*, Milano, 1955; più di recente, M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006, e G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio: intervista su etica e diritto*, Roma-Bari, 2007. Correlata si mostra la tematica della possibile contrapposizione fra diritto e giustizia, la quale deflagra nelle contingenze

I tentativi di disciplinare il fine-vita¹⁸ e, ancor più, la (travagliata) regolamentazione della fecondazione assistita¹⁹ rappresentano evidenti punti di emersione di tale deriva formalistica. Qui si elaborano cornici normative paradossalmente tanto più gravi ed invasive quanto più volatili e delicati sono i profili sostanziali oggetto di regolazione, finanche comprimendo libertà fondamentali.

Per quanto diverse, tutte le adombrate tendenze risultano devianti e patologiche nella misura in cui, ricorrendo all'impiego di una forma giuridica irragionevole, sproporzionata o comunque inadeguata rispetto alla tutela degli interessi sostanziali in gioco, arrancano nel tentativo di cristallizzare il fluire della vita e il naturale divenire della società, dell'economia, della politica e dell'etica²⁰.

L'impiego della forma, di per sé fisiologico ed anzi necessario per l'assolvimento della funzione regolatrice propria del diritto, implode in formalismo proprio quando non risulti strettamente funzionale alla tutela degli interessi meritevoli²¹.

Il quesito è allora se l'interprete debba davvero rassegnarsi alla distonia diritto-vita, o se invece non esista un modo di perseguire un'armonica composizione dei due termini: un *metodo* che, affrancato da tentazioni nichiliste e formaliste, richiami il giurista al suo precipuo compito ed alla conseguente responsabilità.

Ora, rispetto alla gravità del dubbio posto, mi si consenta una (apparente) digressione.

Ho personalmente riscontrato come, specie in particolari momenti di vita personale o professionale, non sia stata io stessa a scegliere il libro alla cui lettura (o rilettura) mi accingevo, e che sia stato invece il libro, *quel* libro, a venirmi incontro, addosso, proprio.

Ne ho avuto ulteriore conferma proprio di recente: è stato così che, trascorsi molti giorni dall'invio dell'*abstract* alla collega Paola Mittica, ho improvvisamente avvertito l'esigenza di andare a ripescare un testo letto ai tempi dell'università: mi riferisco a *Lezioni americane* di Calvino²². Come noto, nelle *Lezioni americane* è raccolto il ciclo di conferenze che Calvino avrebbe dovuto tenere all'Università di Harvard, nel contesto delle prestigiose *Norton Poetry Lectures*. Egli non riuscì a tenere le lezioni, la cui

storiche in cui la legislazione positiva contravviene ai principi etici che costituiscono patrimonio comune della coscienza dei popoli: in argomento (con specifico riguardo alle leggi del regime nazista) G. RADBRUCH, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale* (1946), in G.A. CONTE, P. DI LUCIA, L. FERRAJOLI, M. JORI (a cura di), *Filosofia del diritto*, Milano, 2002, p. 149 ss.

¹⁸ G. SPOTO, *Questioni di fine vita tra modelli adottati in Europa, negli stati uniti e proposte interne*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 1175 ss.

¹⁹ L. 19 febbraio 2004, n. 40, in *Gazz. Uff.*, n. 45 del 24 febbraio 2004, non a caso criticata già all'indomani della sua emanazione: per tutti, F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 628 ss.

²⁰ È logico che la discrasia, per certi versi fisiologica e propria di ogni epoca storica, appare tanto più marcata nell'attuale congiuntura dominata dalla globalizzazione: in argomento, con respiro allargato a diversi ambiti tematici: P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 151 ss.; E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione, rapporti civili e diritti della persona*, in A. TARANTINO e R. CORSANO (a cura di), *Diritti umani, biopolitica e globalizzazione*, Milano, 2003, p. 77 ss.

²¹ Corto circuito, quello fra forma e formalismo, i cui rischi, nel fisiologico ambito della forma negoziale, emergono con chiarezza dalle pagine di P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Camerino-Napoli, 1987, p. 38 ss. e *passim*. Cfr., ma in ottica diametralmente opposta, N. IRTI, *Strutture forti e strutture deboli (del falso principi o di libertà delle forme)*, in ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 137 ss.

²² I. CALVINO, *Lezioni americane*, in M. BARENGHI (a cura di), Italo Calvino, *Saggi 1945-1985*, t. I, Milano, 1995.

stesura – come riferisce nella nota introduttiva Esther Calvino²³ – era divenuta per lui un'ossessione. Morì prima e le conferenze uscirono postume. Il tema era libero, e Calvino scelse di circoscriverlo alla enucleazione di alcuni «valori o qualità o specificità della letteratura»²⁴ da conservare per il nuovo millennio che era alle porte: leggerezza; rapidità; esattezza; visibilità; molteplicità. Manca la sesta lezione – *consistency* – che l'Autore aveva in animo di comporre una volta giunto ad Harvard, della quale restano solo appunti.

Tornata su quelle pagine esclusivamente alla ricerca...per così dire... della persona che allora me ne aveva fatto dono, risfogliarle in questo frangente è stato folgorante proprio ai fini della riflessione odierna. Ora, è una violenza soggiacere alla tirannia della sintesi e limitarci a fugaci cenni a ciascuno dei valori così individuati: la forza delle parole dell'Autore è però tale che poche testuali citazioni saranno sufficienti, quanto meno, ad evocarne la potenza suggestiva.

Leggerezza: «dopo aver esplorato varie strade e compiuto esperimenti diversi, è venuta l'ora che io cerchi una definizione complessiva per il mio lavoro; proporrei questa: la mia operazione è stata il più delle volte una sottrazione di peso; ho cercato di togliere peso ora alle figure umane, ora ai corpi celesti, ora alle città; soprattutto ho cercato di togliere peso alla struttura del racconto e al linguaggio. [...] Quando ho iniziato la mia attività, il dovere di rappresentare il nostro tempo era l'imperativo categorico d'ogni giovane scrittore. Pieno di buona volontà [...] cercavo di cogliere una sintonia tra il movimentato spettacolo del mondo, ora drammatico ora grottesco, e il ritmo interiore picaresco e avventuroso che mi spingeva a scrivere. Presto mi sono accorto che tra i fatti della vita che avrebbero dovuto essere la mia materia prima e l'agilità scattante e tagliente che volevo animasse la mia scrittura c'era un divario che mi costava sempre più sforzo superare. Forse stavo scoprendo solo allora la pesantezza, l'inerzia, l'opacità del mondo: qualità che s'attaccano subito alla scrittura, se non si trova il modo di sfuggirle»²⁵. «La leggerezza per me si associa con la precisione e la determinazione, non con la vaghezza e l'abbandono al caso»²⁶. «L'uso della parola come io la intendo, [è] inseguimento perpetuo delle cose, adeguamento alla loro varietà infinita»²⁷.

Rapidità: «Mi limiterò a dirvi che sogno immense cosmologie, saghe ed epopee racchiuse nella dimensione di un epigramma»; «Discorrere', 'discorso' per Galileo vuol dire ragionamento, e spesso ragionamento deduttivo. 'Il discorrere è come il correre': questa affermazione è come il programma stilistico di Galileo [...]: la rapidità, l'agilità del ragionamento, l'economia degli argomenti, ma anche la fantasia degli esempi sono per Galileo qualità decisive del pensar bene»²⁸. E poi una storia: «Tra le molte virtù di Chuang-Tzu c'era l'abilità nel disegno. Il Re gli chiese il disegno di un granchio. Chuang-Tzu disse che aveva bisogno di cinque anni di tempo e di una villa con dodici servitori. Dopo cinque anni il disegno non era ancora cominciato. 'Ho bisogno di altri cinque anni' disse Chuang - Tzu. Il Re glieli accordò. Allo scadere dei dieci anni, Chuang-Tzu,

²³ E. CALVINO, *Presentazione*, in I. CALVINO, *Lezioni americane*, cit., p. V s.

²⁴ I. CALVINO, *op. cit.*, s. n. p.: «la mia fiducia nel futuro della letteratura consiste nel sapere che ci sono cose che solo la letteratura può dare con i suoi mezzi specifici. Vorrei dunque dedicare queste mie conferenze ad alcuni valori o qualità o specificità della letteratura che mi stanno particolarmente a cuore, cercando di situarle nella prospettiva del nuovo millennio».

²⁵ I. CALVINO, *op. cit.*, p. 7 s.

²⁶ I. CALVINO, *op. cit.*, p. 19.

²⁷ I. CALVINO, *op. cit.*, p. 29.

²⁸ I. CALVINO, *op. cit.*, p. 45.

prese il pennello e in un istante, con un solo gesto, disegnò un granchio, il più perfetto granchio che si fosse mai visto»²⁹.

Esattezza: «Esattezza vuol dire per me soprattutto tre cose: 1) un disegno dell'opera ben definito e ben calcolato; 2) l'evocazione di immagini visuali nitide, incisive, memorabili; in italiano abbiamo un aggettivo che non esiste in inglese, 'icastico'; 3) un linguaggio il più preciso possibile»³⁰. «Il gusto della composizione geometrizzante [...] ha sullo sfondo l'opposizione ordine-disordine»³¹. «L'opera letteraria è una di queste minime porzioni in cui l'esistente si cristallizza in una forma, acquista un senso, non fisso, [...] non irrigidito in un'immobilità minerale, ma vivente come un organismo»³². «C'è chi intende l'uso della parola come un'incessante inseguire le cose, un'approssimazione [...] all'infinita loro varietà, uno sfiorare la loro multiforme inesauribile superficie. Come Hofmannsthal ha detto: 'La profondità va nascosta. Dove? Alla superficie'»³³.

Visibilità: «C'è un verso di Dante nel Purgatorio (XVII, 25) che dice: 'Poi piovette dentro a l'alta fantasia'. La mia conferenza di stasera partirà da questa constatazione: la fantasia è un posto dove ci piove dentro»³⁴.

Molteplicità: «nella nostra epoca la letteratura [è] venuta facendosi carico di questa antica ambizione di rappresentare la molteplicità delle relazioni, in atto e potenziali. L'eccessiva ambizione dei propositi può essere rimproverata in molti campi di attività, non in letteratura. La letteratura vive solo se si pone degli obiettivi smisurati»³⁵.

Ebbene, man mano che proseguivo nella lettura di queste pagine, l'ipotesi che inaspettatamente si è fatta largo nella mia mente è che questi valori, enucleati da Calvino per la letteratura, possano ben valere anche per il diritto e che, ove effettivamente trasfusi nell'elaborazione delle forme giuridiche, a queste consentano di tener dietro alla vita.

Di lì è poi venuta la constatazione che la censurata discrasia sostanza-forma, parimenti declinabile nelle diverse antinomie terminologiche fatto-diritto o realtà-norma (concepite in termini di contrapposizione fra dinamismo e fissità) trovi *humus* non già nel diritto *in sé e per sé*, bensì nella concezione del diritto ridotto a norma regolamentare, a pura forma (e a forma pura), cedevole alla chimera dell'astrazione tecnica e della neutralità rispetto ai valori³⁶.

²⁹ I. CALVINO, *op. cit.*, p. 55.

³⁰ I. CALVINO, *op. cit.*, p. 59 s.

³¹ I. CALVINO, *op. cit.*, p. 70.

³² I. CALVINO, *o.l.u.c.*

³³ I. CALVINO, *op. cit.*, p. 76.

³⁴ I. CALVINO, *op. cit.*, p. 83.

³⁵ I. CALVINO, *op. cit.*, p. 111.

³⁶ È questo l'oggetto del confronto dialettico fra N. IRTI, *Quattro giuristi del nostro tempo*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 765 ss., e P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss., ora in *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 327 ss. (da cui le successive citazioni). Il primo rinviene nell'impostazione metodologica che pone il valore al centro della fondazione del diritto civile una difesa dell'ideologia politica posta alla base della Costituzione repubblicana e oggi superata dall'evoluzione storica ed economica; di modo che soltanto la legittimità, intesa come validità formale del procedimento di produzione delle norme giuridiche, e non altro, potrebbe porsi a fondamento della legalità (N. IRTI, *Quattro giuristi*, cit., spec. p. 768). Il secondo muove in primo luogo dalla constatazione, di natura formale, che nell'attuale sistema la Costituzione si colloca al vertice della gerarchia delle fonti e prevale sulle leggi ordinarie statali, che a loro volta subiscono il primato delle normative comunitarie. Alla gerarchia formale si affianca una gerarchia sostanziale, riferibile agli interessi rappresentati a livello di fonti sovraordinate; sì che «Gli interessi protetti a diverso livello legislativo si

Perseguendo rassicuranti quanto effimere illusioni di “purezza”, si profila peraltro un’artificiosa semplificazione verso un diritto a matrice unica, ripiegato cioè sul primato della forma-legge³⁷. Lo si priva in tal modo della flessibilità e, di nuovo, della leggerezza, della molteplicità, dell’esattezza che sole gli garantiscono adeguatezza e coerenza – (*consistency*, nella prevista sesta lezione di Calvino) - rispetto alla complessità del reale.

La realtà postula invece il ricorso a una teoria delle fonti articolata e composita e un ordinamento giuridico che di tale concorso risulti fecondo precipitato³⁸. Lo scarto, in termini di apparente disordine e incertezza³⁹, che naturalmente si crea fra un diritto-forma concepito in purezza e una disciplina giuridica del fatto concreto, ritagliata sulle peculiarità e promanante dalla fonte più idonea, appare d’altra parte pienamente giustificato dalla necessità di garantire all’ordinamento giuridico ragionevolezza e piena rispondenza agli interessi oggetto di tutela⁴⁰: il dinamismo e la flessibilità che, in altri termini, soli gli consentono di conformare - dare (una)forma, appunto - al fluire della vita. E, a ben vedere, i canoni elaborati nelle *Lezioni* di Calvino non sono affatto estranei al diritto, e quivi anzi si rinvergono nelle clausole generali⁴¹ e nei principi⁴². Questi, correttamente concepiti non quali meri enunciati ottativi, bensì come regole in senso

traducono inevitabilmente in una gerarchia di valori, con precedenza per quelli protetti a livello normativo superiore. La legalità quindi non è neutrale, cioè senza aggettivi, ma si sostanzia nel riconoscimento, nella garanzia e nella protezione di interessi individuali o generali che nel loro insieme attribuiscono una connotazione sostanziale alla legalità» (P. PERLINGIERI, *Valori normativi*, cit., p. 337 s.). «La legalità costituzionale», prosegue l’a., «consiste nel rispetto dei valori che hanno valenza normativa, che sono protetti dalle norme o sono la loro intima *ratio*»; sullo sfondo «v’è anche una diversa concezione della tecnica con la quale può e deve esprimersi la proposizione legislativa: non necessariamente del tipo regolamentare *se A allora B*, ma anche per principi, là dove dunque i principi di rango diverso (ordinario, comunitario, costituzionale, internazionale) hanno anch’essi dignità di norme, sono norme» (p. 339 ss.; v. anche ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.). Cfr. la posizione di A. FALZEA, *La Costituzione e l’ordinamento giuridico*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999, spec. p. 464.

³⁷ Il rapporto fra regole e principi nell’individuazione del concetto di norma è oggetto di un dibattito non recente, che attraversa trasversalmente epoche storiche e ordinamenti [A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell’ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, 2002]. Il dibattito si sviluppa anche in seno alla dottrina straniera: per l’affermazione del ruolo apicale dei principi si segnala, ad esempio, il celebre contributo di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), a cura di N. Muffatto, Bologna, 2010, spec. p. 90 ss.; in prospettiva opposta L. ALEXANDER e K. KRESS, *Contro i principi del diritto*, in *Una critica ai principi del diritto*, Napoli, 2014, p. 19 ss.

³⁸ P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente*, in *L’ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 3 ss.

³⁹ G. ALPA, *La certezza del diritto nell’età dell’incertezza*, in *Rass. for.*, 2006, p. 307 ss.

⁴⁰ Ne costituisce riprova l’avvertita necessità che i rimedi che l’ordinamento appresta per la protezione degli interessi reputati meritevoli alla luce della scala di valori ad esso sottostante sfuggano alle rigide categorizzazioni tradizionali e siano modellati in stretta connessione alla situazione giuridica che in concreto invoca attuazione: esemplari, sul punto, le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.

⁴¹ Cfr. in argomento, *ex multis*: L. MENGONI, *Spunti per una teoria sulle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.; C. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, *ivi*, p. 21 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, 1987, p. 709 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 1 ss.; G. D’AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1704 ss.

⁴² Sul tema risulta prezioso, per il complesso respiro storico, critico e ricostruttivo, nonché per la problematica individuazione delle molteplici funzioni che, di volta in volta ed in concreto, i principi assolvono nell’ermeneutica giuridica, il contributo di G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 2006; con specifico riguardo alla prospettiva della formazione del giudizio, ID., *L’arte di giudicare*, Roma, 1996, p. 36 ss.

proprio⁴³, dotate anzi di cogenza superiore, appaiono gli unici idonei ad affrancarsi dai limiti e le rigidità tipiche del precetto regolamentare⁴⁴.

Formulati in termini di cornice generale, principi e clausole generali paiono infatti in grado di elevarsi rispetto alla (gravità della) formulazione di dettaglio, così rispondendo al paradigma della leggerezza e della rapidità, senza peraltro nulla scontare né rispetto alla capacità di conformare la molteplicità del reale, né in termini di esattezza. Seguendo l'insegnamento di Calvino, la fisiologica "leggerezza" propria delle clausole generali, nel suo peculiare atteggiarsi quale «indeterminatezza intenzionale»⁴⁵, non va confusa con vaghezza e imprecisione, bensì rappresenta un valore, poiché consente «al

⁴³ La tesi cui si aderisce, che qualifica i principi come norme in senso proprio, risulta prevalente in dottrina, la quale tuttavia non trascura di evidenziare le rilevanti peculiarità che li caratterizzano: cfr. A. GENTILI, *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, in *Il diritto come discorso*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2013, p. 338 s.; A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, Relazione ai Lincei, in *Atti dei convegni Lincei*, Roma, 1992, nonché in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 433 ss., spec. p. 457 s.; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, p. 145 ss. Il più generale dibattito in tema di principi è assai risalente: v. E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico* in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 217 ss.; V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, I, p. 193 ss.; F. ANDRIOLI, *Intorno ai principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, p. 255 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Riflessioni sulla formulazione legislativa dei principi generali di diritto (dopo il convegno di Pisa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 271 ss. Cfr. inoltre N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Nov.mo Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 887 ss.; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto* (dir. cost.), in *Enc. del dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 495 ss.; R. GUASTINI, *Sui principi del diritto*, in *Dir. soc.*, 1986, p. 601 ss.

⁴⁴ Il pericolo sovente evidenziato in seno alla teorica avversa alla cogenza dei principi è quello di un surrettizio riaffiorare di derive giusnaturalistiche, che finirebbero per attribuire forza vincolante a valori collocati al di fuori dell'ordinamento giuridico, ad esso preesistenti e insensibili ai suoi mutamenti. È questa, in effetti, la caratteristica che storicamente contrassegna la scienza del giusnaturalismo, e che viene riproposta anche dai fautori contemporanei del filone (G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, Milano, 1958, *passim*) e da coloro che, pur distaccandosene in parte, ne conservano intatto il fondamento teorico [per es. A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto* (1913), in G.A. CONTE, P. DI LUCIA, L. FERRAJOLI, M. JORI (a cura di), *Filosofia del diritto*, cit., p. 685 ss.]. Quando questo è il retroterra teorico di riferimento, decisamente calzante è il rilievo secondo cui il richiamo a principi immanenti alla coscienza universale dei popoli è stato utilizzato per giustificare scelte politiche di segno inconciliabile (la schiavitù e la libertà, l'obbedienza e la ribellione etc.): N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Torino, 1963, spec. p. 64 ss. Allorché invece la disputa verta su principi emergenti dalle (o addirittura trasfusi nelle) fonti apicali del sistema, al fondo delle obiezioni al loro vigore sembra annidarsi la convinzione di una inconciliabilità fra principio giuridico e diritto positivo; *rectius*, l'idea che il principio è ancor più il valore, quali autonome fonti di regolamento del caso concreto, non possano rinvenire un affidabile addentellato nel diritto positivo, sì che l'interprete, anche quando dichiara di attingerli dal sistema, finirebbe per rintracciarli in una fonte altra, extragiuridica. A tale preoccupazione si replica rilevando che «il diritto positivo non si esaurisce nella legge e il passaggio dalla legge al diritto – opera non meccanica né automatica, ma culturale e intellettuale – si realizza, in uno Stato moderno, nel rispetto del principio di legalità. Quest'ultimo si concretizza nel rispetto, non soltanto della legge, ma anche dei principi, scritti e non scritti, *presenti e aventi rilevanza normativa nell'ordinamento giuridico*. In questa prospettiva, altro è il diritto positivo, realizzato mediante interpretazione e applicazione, altro è il positivismo giuridico, o ancor più il positivismo c.d. legislativo, costruito sulla più rigida incomunicabilità, sul più rigido dualismo fra essere e dover essere, e sulla aprioristica fallacia naturalistica dei valori (...). Quando l'art. 2 della Costituzione discorre di diritti inviolabili, si tratta di decidere se l'art. 2 sia norma giuridica o non lo sia. Se è norma e, non soltanto politica, ma espressione di un principio (...) non possiamo argomentare che questi siano diritti naturali» [P. PERLINGIERI, *La 'grande dicotomia' diritto positivo-diritto naturale*, in *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 556 s. (corsivo nel virgolettato nostro)].

⁴⁵ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 728.

giudice, all'interprete, una maggiore possibilità di adeguare la norma alle situazioni di fatto»⁴⁶.

Riprova si trae dagli stessi settori cui nella *pars destruens* del nostro discorso si è fatto cenno, come pure da ambiti affatto diversi.

In tema di procreazione, ad esempio, il rapido e incessante evolversi della scienza medica ha dischiuso, in punto di diritto, questioni cruciali⁴⁷: fra queste (solo per elencarne alcune) la necessaria gratuità o meno dell'atto di disposizione dei gameti; la vincolatività o meno del consenso prestato dal marito alla fecondazione eterologa e la conseguente possibilità di esercitare, successivamente, l'azione per il disconoscimento della paternità; la possibilità, per il soggetto nato, di far valere giudizialmente il suo rapporto di discendenza dal donatore (o dalla donatrice) di gameti; la prevalenza, quanto al riconoscimento della maternità, dei diritti della madre genetica o della donna che porta il nascituro in grembo; l'individuazione del soggetto cui è attribuito il diritto di decidere la sorte degli embrioni creati in provetta, quando non ne avvenga l'impianto in utero.

Rispetto ai tentativi di soluzione di problematiche tanto delicate, siccome immanenti gli stessi concetti di "vita" e di "persona", ruolo decisivo ha avuto un equivoco di fondo: supporre che sin quando le pratiche fecondative non fossero state oggetto di specifiche, puntuali previsioni regolamentari, il loro utilizzo si sarebbe dispiegato in un vuoto normativo foriero di accessi anarchici da *far west*. Proprio a tale preconcetto reputo sia dovuta l'emanazione di una legge formalista e restrittiva come la n. 40 del 2004,⁴⁸ i cui ben noti contenuti (essenzialmente, vietì divieti) sarebbe pleonastico richiamare in questa sede, sicché è sufficiente notare come essa abbia dato riprova che ciò che viene irragionevolmente proibito dalla legge, non per questo è cancellato dalla realtà. Che corre oltre, mentre il diritto resta al palo.

Inevitabile risulta cioè il fallimento del diritto ove pretenda di arrestare il fluire della vita, irregimentandola in una forma tanto più arbitraria, quanto meno ragionevole e intonata agli interessi sottostanti. Sicché non è un caso che il testo normativo abbia subito, nel tempo e ad opera dell'intervento riequilibratore della Corte costituzionale, progressive sconfessioni e mutilazioni nel tentativo di favorire più feconda osmosi tra diritto e vita⁴⁹.

Già prima (e meglio) dell'emanazione della suddetta legge, d'altra parte, pressoché tutte le questioni sopra accennate avevano progressivamente trovato soluzioni proporzionate, adeguate e ragionevoli - col medio dell'interpretazione analogica e costituzionalmente orientata - nell'applicazione di clausole generali (ordine pubblico e buon costume) e dei principi fondanti il personalismo di cui è permeata la Costituzione. Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, al puntuale intervento con cui, facendo sapiente applicazione dei principi che regolano la materia, la Corte

⁴⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 223; cfr. S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, pp. 83 ss., 89 ss.

⁴⁷ Per una panoramica, di molto antecedente all'intervento legislativo ma già esaustiva, si veda G. FERRANDO, *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, spec. p. 135 ss.

⁴⁸ L. 19 febbraio 2004, n. 40 (in *Gazz. Uff.* n. 45 del 24 febbraio 2004), non a caso criticata già all'indomani della sua emanazione: per tutti F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 628 ss.

⁴⁹ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Guida al diritto*, 2014, 27, p. 16, con nota di A. PORRACCILO, *Un divieto non giustificabile dall'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità (nota a Corte cost. 10 giugno 2014 n. 162)*.

costituzionale aveva già sancito, nel senso successivamente recepito dal legislatore, l'impossibilità per il padre legittimo, il quale avesse prestato il consenso all'inseminazione eterologa della moglie, di esperire successivamente l'azione di disconoscimento del figlio⁵⁰.

E' singolare notare come in questi casi – realizzandosi un paradosso invero solo apparente – sia proprio il ricorso ai principi generali, piuttosto che alle norme di tipo regolamentare, che meglio garantisce al diritto *precisione*, cioè adeguatezza rispetto agli interessi sostanziali oggetto di composizione e bilanciamento. «La precisione per gli antichi Egizi era simboleggiata da una piuma che serviva da peso sul piatto della bilancia dove si pesano le anime. Quella piuma leggera aveva nome Maat, dea della bilancia»⁵¹.

Esiste immagine che più icasticamente richiami l'idea della giustizia, fine ultimo e primario dell'applicazione del diritto?

Clausole e principi generali operano dunque quali veri e propri organi respiratori dell'ordinamento giuridico, tali da restituire ad esso (concepito quale unitario e complesso sistema di regolamentazione del fatto concreto) la vitalità che gli è fisiologicamente propria e la capacità di adeguarsi all'incessante divenire del fenomeno reale.

E ancora. È ricorrente fra gli interpreti l'idea di un'assoluta insindacabilità delle emozioni umane da parte del diritto: in esse, d'altra parte, propriamente si sostanziano il fluire della vita e le sue molteplici sfumature⁵².

L'assunto merita peraltro una verifica: sussiste davvero assoluta incomunicabilità fra i due terreni? Ordine giuridico e ordine emotivo esauriscono la loro dialettica in termini di alterità e rigida contrapposizione? Il diritto, chiamato a disciplinare le relazioni umane, può dunque realmente concepirsi solo al netto di qualunque manifestazione emotiva in esse si estrinsechi? La risposta è meno scontata di quanto non appaia a prima vista⁵³. La fattispecie penalistica della minaccia, ad esempio, postula l'idea che si diano

⁵⁰ Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3043.

⁵¹ I. CALVINO, *op. cit.*, p. 59.

⁵² P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Rass. for.*, 2002, p. 35 ss., rimarca «il ruolo incisivo che la prassi ha sul divenire della scienza giuridica, proprio perché questa nostra scienza non può permettersi il lusso di galleggiare sopra le nuvole ma è sorretta da una intima tensione a incarnarsi, a diventare esperienza di vita». L'a. per un verso esalta la legalità costituzionale quale strumento di «rottura del vecchio formalismo» e recupero del «complesso di forze sociali culturali spirituali formante la nostra Costituzione»; per l'altro, richiamando il fondamentale contributo metodologico di H.G. Gadamer (*Verità e metodo*, Milano, 2000, a cura di G. Vattimo), rileva come la svolta culturale promossa dall'a. sia consistita «nel non separare il momento di produzione della norma dal momento della interpretazione/applicazione, nel ritenere quest'ultima non la spiegazione di un testo concluso e indisponibile ma l'intermediazione necessaria e vitale fra la proposizione astratta della norma e la ineludibile concretezza storica che l'interprete ha di fronte; per esprimerci col lessico filosoficamente pregnante di Gadamer, si viene a dare una risposta all'eterno problema che ha turbato i sonni dei giuristi, e cioè la "tensione tra l'identità dell'oggetto e la mutevolezza delle situazioni in cui esso deve venir compreso"». Sullo sfondo del riconoscimento del ruolo della prassi si colloca il correlato dibattito, recentemente vivificato in seno alla dottrina civilistica, che si accende fra l'affermazione di autosufficienza dell'argomentazione del giurista a legittimare la soluzione del caso concreto e a tradurre le pretese in diritti (A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., pp. 3 ss., 261 ss., 401 ss.) e la duplice rivendicazione secondo la quale: «gli argomenti hanno pur bisogno di fondamenti e (...) non possono essere preesistenti, pena l'arbitrarietà» (P. PERLINGIERI, *Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 770 ss., 774 ove il passo fra virgolette, 783); i valori, «senza identificarsi nelle argomentazioni, ne ispirano l'esercizio, secondo criteri di congruità e adeguatezza ai fatti» (pp. 777, 780 s.). Cfr., in tema, G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto "vivente". Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociol. dir.*, 2008, p. 47 ss.

⁵³ Su questi temi v. il pregevole contributo di D. CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, Torino, 2011, p. 254 ss.

ipotesi di *paura ingiusta*; analogamente, nella scriminante della legittima difesa la *convinzione infondata* – e tuttavia *ragionevole* rispetto alle circostanze – di essere esposti a minaccia può scriminare la condotta lesiva (cd. legittima difesa putativa, artt. 52 e 59, comma 3, c.p.)⁵⁴.

Ma neppure al diritto privato, per quanto più afferente alla disciplina delle situazioni giuridiche soggettive patrimoniali, risultano estranee valutazioni relative agli stati emotivi: la violenza morale ad esempio, quale vizio della volontà causa di annullamento del contratto, richiede, del *metus*, un sindacato⁵⁵.

I richiami dimostrano che il diritto – a condizione di non sclerotizzarsi in formulazioni rigide – ha in sé piena capacità di plasmarsi sulla realtà umana, persino nei suoi risvolti più sensibili, mutevoli e meno oggettivabili. Delle emozioni, d'altra parte, si è addirittura fatto «un uso *costruttivo*, come criterio di qualificazione di condotte in termini di ingiustizia e illiceità»,⁵⁶ rilevante ai fini del risarcimento del danno morale: ciò, peraltro, ancora una volta in virtù dell'operatività dei principi generali, piuttosto che delle norme di tipo regolamentare.

Nel subordinare il risarcimento del danno non patrimoniale alla ricorrenza di ulteriori e specifiche previsioni di legge, l'art. 2059 c.c. ha infatti palesato i limiti della irragionevole rigidità normativa e la sua conseguente insufficienza e inadeguatezza a garantire tutela ad interessi pur meritevoli⁵⁷. Per contro, il diretto richiamo, nel procedimento ermeneutico, ai principi fondamentali in cui si sostanzia la cornice personalistica della Carta fondamentale ha evidenziato l'incommensurabilità degli interessi esistenziali rispetto al metro dei valori economici ed incentivato soluzioni interpretative più flessibili e funzionali al disegno di attuazione e difesa dei diritti fondamentali, anche in via preventiva⁵⁸.

⁵⁴ Queste esemplificazioni in D. CARUSI, *op. cit.*, p. 255.

⁵⁵ Per tutti, sul punto, G. D'AMICO, Voce *Violenza*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 858 ss.

⁵⁶ D. CARUSI, *op. cit.*, p. 257 s.

⁵⁷ V. P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 769 ss. (ora in *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 373 ss.), il quale condivisibilmente osserva: «per dare un senso all'art. 2059, se ancora ne ha, occorrerebbe ricondurlo alle origini, riferendone l'applicabilità al danno morale soggettivo, riconducendo invece al sistema nel suo complesso e, in particolare, all'art. 2043, le fattispecie atipiche di danni ingiusti» (p. 778); ID., *L'onnipotente art. 2059 c.c. e la «tipicità» del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 520 ss. (ora in *Interpretazione e legalità costituzionale*, cit., p. 347 ss.).

⁵⁸ Essenziale appare, a tale scopo, muovere dalla prospettiva dell'interesse, piuttosto che del danno; ciò che al contempo consente altresì di recuperare la dovuta centralità all'art. 2043 c.c. rispetto all'art. 2059 c.c., con operazione ermeneutica esattamente inversa rispetto a quella compiuta dalla Suprema Corte nelle note sentenze gemelle del 2003: v. Cass., 12 maggio 2003, n. 7281 -7283, in *Dir. e giust.*, 2003, 22, p. 11, con nota di F. PECCENINI, *Danno morale anche per colpa presunta. E la Cassazione anticipa la Consulta*; in *Giust. civ.*, 2003, 10, I, p. 2063, con nota di A.O. CAMPIONE, *Danno morale e presunzione legale di responsabilità: la giurisprudenza cambia orientamento*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 676, con nota di P. CENDON, *Anche se gli amanti si perdono, l'amore non si perderà*; *ivi*, p. 691, con nota di E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.*; nonché Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828, tutte in *Foro it.*, 2003, 1, c. 2272 ss., con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*; in *Giur. it.*, 2004, p. 1129, con nota di M. BONA, *L'ottava vita' dell'art. 2059 c.c., ma è tempo d'addio per le vecchie regole*; *ivi*, 2004, p. 29, con nota di M.P. SUPPA, *La svolta della Cassazione in tema di danno non patrimoniale: la nuova valenza dell'art. 2059 c.c.*; seguite dalla Corte costituzionale (Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 769 ss., con nota critica di P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino*, cit., p. 775 ss.; in *Corr. giur.*, 2003, 8, p. 1028, con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*); ancora, nel solco già tracciato, Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 499 ss. Come acutamente osservato dalla dottrina più sensibile, tali pronunce, pur nell'apprezzabile sforzo di recuperare l'unitarietà del danno alla persona in ragione

dell'unitarietà del relativo valore, tuttavia, «con l'intento di spostare la centralità del sistema della responsabilità civile dall'art. 2043 c.c. all'art. 2059 c.c., si sono cimentate nel tentativo di far rientrare nella *ratio* di quest'ultimo oltre al danno sofferto – secondo gli originari intenti del legislatore del 1942 – quale danno tecnicamente non patrimoniale, la violazione di tutti i diritti fondamentali presenti nella Carta costituzionale. Una siffatta operazione ermeneutica è criticabile non soltanto perché volta ad attuare principi e valori costituzionali attraverso una norma di fonte primaria (l'art. 2059 c.c.), ma ancor più perché intenta a “investire” la medesima norma di due contestuali *rationes*: l'una, a tutela del danno sofferto soggettivo e l'altra, a forzosa salvaguardia di diritti fondamentali dell'uomo costituzionalmente protetti, con contestuale depauperamento della centralità dell'art. 2043 c.c.»: così, P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 4, p. 1083; cfr. tuttavia, in argomento, E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 320; EAD., *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 865 ss.; F. GAZZONI, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 826 ss. (nota a Cass., 3 luglio 2001, n. 9009, *ivi*, p. 826 ss.); A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, Napoli, 1993, p. 272 ss.; ID., *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 773 ss.; ID., *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica “bipolare” alla teoria generale e “monocentrica” della responsabilità civile)*, parte I, *ivi*, 2003, p. 13 ss. Per attente ricostruzioni critiche del percorso seguito dalla Corte costituzionale, a partire dalle risalenti Corte cost., 26 luglio 1979, n. 87 e 88 (in *Giur. cost.*, 1979, I, p. 652 ss.) e segnato dalle successive Corte cost., n. 184 del 1986, n. 372 del 1994 e n. 233 del 2003, v. U. GRASSI, *i danni non patrimoniali ed il “doppio” art. 2043 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 943 ss.; G. VISINTINI, *Il danno non patrimoniale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 47 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le trasfigurazioni del sistema di responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, p. 84; M. FRANZONI, *La Corte costituzionale tra «conforto» e «conferma» del diritto vivente*, *ivi*, p. 161ss.; P. ZIVIZ, *Le “magnifiche sorti e progressive” dell'impianto teorico disegnato dalle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 4, p. 765 ss. Il tema dell'unitarietà o, viceversa, della “scomponibilità” del danno alla persona in sottocategorie ha trovato una delle sue più problematiche espressioni nel danno esistenziale. Sulla travagliata evoluzione della categoria, nell'alternanza tra affermazioni e negazioni di un'autonoma configurabilità della stessa, v. M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, p. 41 ss.; E. CAPOBIANCO, *Lesione di interessi esistenziali della persona e loro risarcibilità: il c.d. danno esistenziale. Il contributo della Rassegna di diritto civile*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 445 ss. Il panorama giurisprudenziale in tema di danno non patrimoniale, ed esistenziale in particolare, risulta tutt'altro che univoco pur dopo l'ultimo intervento delle Sezioni unite (con le citate pronunce nn. 26972-5 del 2008): i principi da queste affermati – specificamente riguardo alla negazione dell'autonomia concettuale del danno esistenziale e del danno morale - hanno infatti trovato successive sconfessioni, sia nella giurisprudenza di merito che di legittimità. Limitando questa analisi al danno esistenziale, già Cass., sez. lav., 19 dicembre 2008, n. 29832, con riferimento ad un caso di demansionamento, sembra ribadire l'esistenza di tale categoria di danno, «da intendere come ogni pregiudizio di natura non meramente emotiva ed interiore (ma oggettivamente accertabile), provocato sul fare areddituale del soggetto che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno»; Cass., 31 marzo 2009, n. 7875 conferma una pronuncia di merito che aveva liquidato una somma a titolo di danno esistenziale; Cass., sez. lav., 5 ottobre 2009, n. 21223 e Cass., Sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4063 espressamente discorrono di danno esistenziale a seguito di demansionamento; Cass., 13 maggio 2011, n. 10527 e Cass., 30 giugno 2011, n. 14402 definiscono esistenziale il danno parentale; Cass. pen., 8 maggio 2009, n. 19678 altrettanto espressamente richiama il danno esistenziale; Cass., 30 dicembre 2011, n. 30668, a tutto tondo, definisce il danno esistenziale quale «pregiudizio al fare areddituale determinante una modifica peggiorativa da cui consegue uno sconvolgimento dell'esistenza e in particolare delle abitudini di vita con alterazione del modo di rapportarsi con gli altri nell'ambito della comune vita di relazione, sia all'interno che all'esterno del nucleo familiare»; Cass., 16 febbraio 2012, n. 2228, parimenti, si riferisce espressamente al danno esistenziale e Cass., 20 novembre 2012, n. 20292 e Cass., 3 ottobre 2013, n. 22585 lo liquidano quale autonomia voce di danno. Il sostanziale superamento dell'impianto teorico-ricostruttivo elaborato dalle pronunce di San Martino interviene da ultimo con Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361 (est. Scarano), la quale espressamente ha affermato che «deve escludersi che le Sezioni Unite del 2008 abbiano negato la configurabilità e la rilevanza ai fini risarcitori del c.d. danno esistenziale», il quale costituisce «un peculiare aspetto del danno non patrimoniale, distinto sia dal danno morale che dal danno biologico,

In modo analogo, nella disciplina dei rapporti patrimoniali è all'applicazione delle clausole generali di diligenza (art. 1176 c.c.) e correttezza (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c.) - nonché al principio costituzionale di solidarietà (art. 2 cost.) cui esse rinviano - che si deve il costante adattamento della disciplina delle obbligazioni e dei contratti al multiforme divenire della realtà economica e sociale. «Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede» (art. 1375 c.c.): questa rapida, leggera sequenza di parole racchiude in sé un principio capace di spiegare la sua potenza sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti⁵⁹. Come evidenziato dalla Suprema corte, «sotto il primo profilo, esso impone alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte; sotto il secondo profilo, consente al giudice di intervenire anche in senso integrativo o modificativo sul contenuto contrattuale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto»⁶⁰. Non è forse qui evocato l'epigramma sognato da Calvino, capace di racchiudere in sé «immense cosmologie, saghe ed epopee»⁶¹?

Un accenno, infine, alla regolamentazione del mercato delle *public utilities* promanante dalle Autorità indipendenti.⁶² In questo ambito, attesa la peculiare sensibilità e complessità degli interessi in gioco, la disciplina di stretta matrice statale e legislativa cede in favore della più competente fonte autoritativa, così guadagnando leggerezza, flessibilità, rapidità ed esattezza, le quali meglio si attagliano alla regolazione di settori caratterizzati da obiettivi integrati e complessi quali il miglioramento della qualità, dell'efficienza e della sicurezza dei servizi essenziali, il contenimento dei prezzi, la realizzazione di politiche energetiche ed ambientali innovative, la promozione della libera concorrenza e la tutela del contraente debole. Anche in questo caso, peraltro, la capacità del diritto di abdicare alla rigidità del primato della fonte-legge e di tradursi in una forma - la più adeguata possibile - idonea a conformare rapporti economici caratterizzati da particolare conflittualità e complessità, si esprime per il tramite di un principio: il principio di sussidiarietà (art. 118 cost.)⁶³.

con il quale concorre a compendiare l'unitaria categoria del danno non patrimoniale». A seguito di tale pronuncia, la immediatamente successiva Cass., ord. 4 marzo 2014, n. 5056 ha rimesso gli atti alle Sezioni Unite affinché nuovamente dirimano il contrasto.

⁵⁹ Sulla portata della clausola generale di buona fede cfr., *ex multis*, le posizioni (non coincidenti, ma ambedue tese alla piena valorizzazione della clausola generale) di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, rist. integrata 2004, pp. 111 ss., 163 ss., 184 ss., e U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1966, p. 27 ss.

⁶⁰ Cfr., per tutte, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, p. 5 ss., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, con nota critica di G. D'AMICO, che con il consueto rigore argomentativo censura l'indebita commistione concettuale operata nella pronuncia in commento fra il canone dell'abuso (del diritto) e quello della buona fede, rilevando come esse rappresentino tecniche di controllo degli atti di esercizio dei diritti differenti e nient'affatto sovrapponibili, tanto sul piano dei presupposti che dei rimedi. Cfr. la prospettiva metodologica tracciata da L. FERRONI, *Spunti per lo studio del divieto di abuso delle situazioni soggettive patrimoniali*, in AA.VV., *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, cit., p. 313 ss.; per una feconda applicazione delle categorie dell'abuso del diritto e della buona fede nell'ambito dei rapporti imprenditoriali, v. F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002.

⁶¹ I. CALVINO, *op. cit.*, p. 45.

⁶² Sia consentito rinviare, sul tema e per i riferimenti bibliografici, a L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, Napoli, 2008.

⁶³ «Esso è, al pari di gerarchia e competenza, norma sulla produzione giuridica. Diversamente da queste, tuttavia, la sussidiarietà istituisce un ente quale centro di produzione normativa (lo abilita a formare norme

Inteso sia nella sua esplicazione «verticale», la quale attiene alla relazione tra livelli di governo, sia in quella «orizzontale»⁶⁴, che concerne i rapporti fra statualità e società civile (latamente intesi), tale principio comporta infatti che, nella selezione fra i molteplici centri di potere normativo astrattamente legittimati a dettare le regole, la scelta ricada infine sulla fonte più abile e competente – che per ciò viene eletta ad esclusiva – a regolamentare il settore di riferimento. In tal guisa, esso appare dunque il più funzionale a fornire adeguata risposta al nodo gordiano della legittimazione del potere normativo promanante dalle autorità indipendenti⁶⁵. Una volta ancora, nel ricorso ad un principio si rinviene la chiave di volta per un diritto tanto più ragionevole, adeguato e funzionale, quanto più leggero, elastico e specificamente ritagliato sulle peculiarità degli interessi oggetto di regolazione⁶⁶. «Mercurio, con le ali ai piedi, leggero e aereo, abile e agile e adattabile e disinvolto, stabilisce le relazioni degli dèi tra loro e quelle tra gli dèi e gli uomini, tra le leggi universali e i casi individuali, tra le forze della natura e le forme della cultura, tra tutti gli oggetti del mondo e tra tutti i soggetti pensanti. Quale migliore patrono potrei scegliere per la mia proposta di letteratura?»⁶⁷ - si domanda Calvino.

E per il diritto? – viene da chiedersi. Sulla scorta delle riflessioni che precedono, e tornando al quesito che ci eravamo posti, forse non è ardito affermare che anche il diritto ha nei suoi geni la vitalità e l'elasticità proprie delle (altre) arti. Spetta tuttavia all'interprete, lungi dall'arrendersi alla (apparente) distonia diritto-vita, raccogliere la sfida e tradurre tale dinamismo da potenza in atto. Per compiere questa trasformazione creativa, come qualunque artigiano - ma ciò vale anche per l'artista (e non è un caso che i due termini condividano la radice etimologica) - anche il giurista necessita di strumenti tecnici per scongiurare il pericolo della fissità e trasformare la norma (da *vestimentum* formale) in duttile strumento conformante i rapporti sociali e il vivere civile⁶⁸.

valide) sulla base del riconoscimento di qualità, proprie dell'ente stesso, che presiedono sia dalla sua posizione rispetto agli altri centri di produzione (in ciò sta la differenza con la gerarchia) sia dalla descrizione di un ambito materiale, di una porzione di realtà nella quale sia autorizzato a svolgere la propria attività di decisore (e in ciò risiede la differenza con la competenza): così, P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI e F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, p. 145 s.; *contra*, N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 170, secondo il quale l'art. 118 cost. «non incide direttamente sul sistema delle fonti».

⁶⁴ Per una diffusa trattazione della sussidiarietà orizzontale, v. S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi.it*, 2006, n. 5, p. 1 ss.; Sottolinea la piena esplicazione della sussidiarietà orizzontale nei rapporti di autonomia privata, R. DI RAMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 108; evidenzia efficacemente la conformazione, per effetto dell'operatività del richiamato principio, di un «sistema reticolare», G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c., della Costituzione*, relazione al Convegno «Cittadini attivi per una nuova amministrazione» organizzato da Astrid e da *Quelli del 118*, Roma, 7-8 febbraio 2003, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, p. 192.

⁶⁵ La tesi è proposta e più diffusamente argomentata in L. DI BONA, *o.n.c.*, spec. p. 99 ss. Sulla necessità che le regole autoritative, destinate ad incidere profondamente sull'autonomia privata e la contrattazione in questi settori, intervengano per i tramite di una funzione normativa che sia espressione di democrazia: sia essa rappresentativa o partecipativa, purché legittimata dal potere politico e necessariamente responsabile nei suoi confronti, illuminanti le notazioni di P. SCHLESINGER, *Natura e limiti delle responsabilità delle Autorità*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, Milano, 1997, p. 69 ss.

⁶⁶ Ovviamente, non un principio purchessia, ma solo se massimamente coerente, adeguato e funzionale agli interessi oggetto di regolazione, il che evidenzia la centralità del tema della scelta dei principi, sul quale v. *infra*, n. 72.

⁶⁷ I. CALVINO, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁸ La principale caratteristica distintiva del principio rispetto alla regola è individuata proprio in riferimento al fatto concreto da P. FEMIA, *Valori normativi e individuazione della normativa applicabile*, in AA.VV., *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, cit., p. 521 ss. L'a. mette in evidenza che, mentre se il

Come visto, indispensabili a tal fine risultano non (tanto) i precetti di tipo regolamentare, pedissequamente inclusi entro i confini della specifica previsione, bensì (piuttosto) le clausole generali e i principi cui le stesse si informano⁶⁹.

Principi quali norme capaci di esorbitare dal rigido autoconfinamento nella fattispecie: norme - cioè forme - idonee a perseguire il senso e la fluidità del divenire reale⁷⁰; norme - cioè forme - che appunto nell'*èk-stasis*, poiché capaci di proiettarsi "fuori di sé", recuperano proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza⁷¹: il respiro vitale che consente al diritto di stare al fulmineo passo della vita⁷².

termine di confronto è la regola, normalmente l'indagine dell'interprete verte sulla sussumibilità del fatto al suo interno, viceversa, «i principi non si sussumono, il fatto non si sussume nel principio» (p. 524 s.): «i principi si rivelano quali misure per la comprensione del fatto nella sua significatività normativa. Nei principi non ci sono regole del fatto, ma norme del fatto» (p. 526). Cfr. ID., *La battaglia della significazione: fare leggi, praticare norme*, in R. PERCHINUNNO (a cura di), *Il drafting legislativo. Il linguaggio, le fonti, l'interpretazione. Del modo di fare le leggi e dei suoi effetti*, Napoli, 2007, p. 163 ss.

⁶⁹ Pur se non mancano posizioni tese a ridimensionarne la forza propulsiva: v., da ultimo, A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 747 ss., in riferimento alle categorie dell'abuso del diritto, della proporzionalità, della ragionevolezza, della buona fede, tutte riguardate criticamente nella loro attitudine a guidare il vaglio di meritevolezza dell'autonomia privata. Sull'improprio ricorso ai principi di buona fede e di abuso del diritto in alcune pronunce della Suprema Corte (relative alla negazione dell'esercizio del diritto di recesso), rispetto alle quali, pur non disconoscendone la giustezza sostanziale, l'A. denuncia «la via [...] storta» attraverso la quale ci si è pervenuti, v. A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Il diritto come discorso*, cit., p. 401 ss. E' comunque (anche) nel ricorso a principi, per quanto diversi e diversamente argomentati, che lo stesso A. indica infine la soluzione ermeneutica più adeguata a sorreggere il medesimo *decisum*: ciò che dimostra quanto dallo stesso affermato in *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, cit., p. 342: «il momento realmente creativo non è però la decisione, che salvi sempre veri e propri errori del giudicante – alla fine scaturisce per necessità dall'accostamento operato, quanto la scelta compiuta invocando un principio piuttosto che un altro e quello accostando alle disposizioni, pur sempre richiamate; con un'ars combinatoria che può concedere poco all'armonia e molto all'invenzione».

⁷⁰ Afferma G. PERLINGIERI, *Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la «polemica sui concetti giuridici». Crisi e ridefinizione delle categorie*, in AA.VV., *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, cit., p. 552, che «l'esperienza non va a sostituire la norma, la integra: è l'esperienza (nella sua totalità) che insieme al dato normativo permette di valutare la conformità della categoria, nonché la sua ragionevolezza e adeguatezza a disciplinare il caso concreto».

⁷¹ I tre parametri evocati, peraltro, esprimono differenti livelli di valutazione: infatti, la proporzionalità ha valenza sul piano quantitativo e presuppone la comparazione fra grandezze omogenee (ad es., fra situazioni giuridiche di rango patrimoniale). «Viceversa, quando il collegamento è tra elementi disomogenei, non comparabili, che coinvolgono interessi non quantificabili, ad esempio, non patrimoniali, ne consegue un bilanciamento tra questi che non può tradursi sul piano della quantità, ma esige necessariamente una valutazione qualitativa. In tali ipotesi entrano in funzione sia il principio della ragionevolezza sia il principio dell'adeguatezza»: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 381 s.

⁷² Essenziale al fine di sottolineare, in questo contesto, il ruolo e la responsabilità dell'interprete, nonché per scongiurare il rischio che la delineata prospettiva, rifuggiti i limiti di un approccio formalistico-regolamentare, ridondi nell'opposta aprioristica glorificazione o mitizzazione dei principi, appare tuttavia il monito di G. ALPA, *I principi generali*, cit., *Prefazione alla seconda edizione*, p. VII s.: «in effetti si fanno molte cose con i principi: buone e cattive. Ma come per tutti gli utensili che fanno parte dello strumentario del giurista, la loro qualità non è intrinseca alla loro natura, è piuttosto connessa alle intenzioni di chi li usa. Ecco perché non si può intendere il significato dei principi se non si verifica in concreto come essi operano al di là delle intenzioni dell'interprete e delle apparenze che essi creano. [...] Solo il diritto vivente, il diritto che palpita nelle anle di giustizia, nelle prassi delle professioni legali, nei provvedimenti delle Autorità, può rendere in tutta la sua ricchezza il ruolo assolto dai principi in una determinata esperienza giuridica».

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Lanfranco Ferroni

Co-direttori: Giuseppe Giliberti, Luigi Mari, Lucio Monaco.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Franco Angeloni, Andrea Azzaro, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Francesco Paolo Casavola, Maria Grazia Coppetta, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Realino Marra, Guido Maggioni, Paolo Morozzo Della Rocca, Paolo Pascucci, Paolo Polidori, Eduardo Roza Acuña, Elisabetta Righini, Thomas Tassani, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Enrico Moroni, Massimo Rubechi.

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Alberto Clini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Alberto Fabbri, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore.

Cultura giuridica e diritto vivente è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
